

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ?

Jacquemin, Hervé

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2017, 'Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique, note d'observation sous Anvers (1re ch.), 19 décembre 2016', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 65, p. 73-89.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Anvers (1^{re} ch.), 19 décembre 2016

Note d'observation de Hervé Jacquemin¹

VENTE D'IMMEUBLE – CONTRAT CONSENSUEL – CONTRAT SOLENNEL – LOI DU 11 MARS 2003 (APPLICATION) – CONCLUSION D'UN CONTRAT DE VENTE PAR VOIE ÉLECTRONIQUE (NON) – COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT – AVEU EXTRAJUDICIAIRE

SALES OF REAL PROPERTY – CONSENSUAL AGREEMENT – FORMAL AGREEMENT – ACT OF 11 MARCH 2003 (SCOPE) – CONCLUSION OF THE SALES AGREEMENT OF REAL PROPERTY BY ELECTRONIC MEANS (NO) – BEGINNING OF PROOF BY WRITING – EXTRAJUDICIAL CONFESSION

En principe, le contrat de vente est un contrat consensuel. Dans diverses hypothèses, le contrat de vente d'immeuble doit toutefois être considéré comme un contrat solennel. Des formalités spécifiques peuvent en effet être imposées, comme à l'article 101 du décret du Parlement flamand du 27 octobre 2006 relatif à l'assainissement du sol et à la protection du sol.

La loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information s'applique aux contrats conclus par voie électronique, en ce compris entre particuliers.

Il résulte des articles XII.15 et XII.16 du Code de droit économique qu'un contrat de vente d'immeuble ne peut pas être conclu par voie électronique (par emails). Les intimés ne peuvent pas se baser sur un échange d'emails pour apporter la preuve de l'existence du contrat.

L'aveu extrajudiciaire n'est pas autorisé pour les contrats solennels, car les exigences de forme constituent des conditions de validité du contrat.



Sales agreement is normally considered as a consensual agreement. In various cases, however, sales agreement of real property shall be considered as a formal agreement. Formal requirements can indeed be prescribed, such like in Article 101 of the Flemish Decree of 27 October 2006 regarding soil sanitation and soil protection.

The Act of 11 March 2003 on some legal aspects of information society services shall be observed when the contract is concluded by electronic means, included when both parties are not professionals.

In accordance with Articles XII.15 and XII.16 of the Code of Economic Law, a sales contract of real property cannot be concluded by electronic means (by emails). The respondents in the litigation cannot rely on an exchange of emails in order to proof the existence of the agreement.

Extrajudicial confession is not allowed for the formal contracts, because the formal requirements are prescribed for the validity of the agreement.

¹ Chargé de cours à l'Université de Namur (CRIDS). Avocat au barreau de Bruxelles.

1. DE FEITEN

In het bestreden vonnis werden de ter zake doende feitelijke elementen alsook het voorwerp van de verdelingen uiteengezet, zodat het hof daarnaar verwijst.

2. DE VOORAFGAANDE RECHTSPLEGING

2.1. Op 8 mei 2013 werd dagvaarding uitgebracht door de geïntimeerden.

2.2. Bij bestreden vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout van 4 maart 2014 werd(en):

- de vordering ontvankelijk en gegrond verklaard als volgt;
- de appellanten solidair veroordeeld om aan de geïntimeerden te betalen de som van 46.800 EUR, meer de verwijlrent van 13 maart 2013 tot de datum van het vonnis en met de gerechtelijke rent van 4% dan tot de dag van de algehele betaling, beide tegen de wettelijke rentvoet;
- de appellanten verwezen in de kosten.

3. DE STANDPUNTEN IN HOGER BEROEP

3.1. Op 13 mei 2014 werd voor de appellanten een verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd.

3.2. De appellanten vragen bij conclusies gemaild op 4 oktober 2016 om:

- het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- het bestreden vonnis teniet te doen en opnieuw recht doende;
- de oorspronkelijke vordering van de geïntimeerden ongegrond te verklaren;
- ondergeschikt, de schade te herleiden tot 1 EUR;
- in elk geval, de vordering tot betaling van rent van 4% schadebeding af te wijzen;
- de geïntimeerden af te wijzen in hun vordering tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding;
- in elk geval, de geïntimeerden te veroordelen tot de kosten van het geding.

3.3. De geïntimeerden vragen bij conclusie neergelegd op 10 oktober 2016 om:

- het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;
- het bestreden vonnis te bevestigen;
- de appellanten te veroordelen tot de kosten.

4. BEOORDELING

4.1. Ontvankelijkheid van het hoger beroep

Er worden geen argumenten aangaande een mogelijk onontvankelijk hoger beroep voorgedragen.

Het hoger beroep komt, naar vorm en termijn, ontvankelijk voor.

4.2. Grond van de betwisting

4.2.1. De appellanten blijven ook in hoger beroep voorhouden dat geen verkoopovereenkomst tot stand is gekomen.

De geïntimeerden menen dat wel een overeenkomst tot stand is gekomen en sluiten zich aan bij het oordeel van de eerste rechter.

4.2.2. De eerste rechter oordeelde dat de makelaar, die optrad voor de appellanten, hen correct heeft vertegenwoordigd bij de onderhandelingen omdat de mails die werden verzonden naar de geïntimeerden in kopie werden overgemaakt aan de tweede appellante. Minstens is er sprake van schijnvertegenwoordiging.

De eerste rechter vervolgde met te oordelen dat uit het e-mailverkeer bleek dat partijen akkoord waren over de belangrijkste elementen zoals vermeld in het initieel overgemaakte ontwerp van koop-verkoopovereenkomst.

Uit alle elementen bleek volgens de eerste rechter dat partijen de voorafgaande onderhandelingsfase voorbij waren en dat op 18 januari 2013 effectief een geldige koop-verkoop, minstens een koop-verkoopbelofte tussen partijen tot stand was gekomen.

Ter terechtzitting van 25 april 2016 werd door dit hof partijen gevraagd of de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij op onderhavig geding van toepassing kon zijn.

De partijen hebben daarover standpunt ingenomen.

4.2.3. Het hof oordeelt als volgt:

4.2.3.1. Een consensuele overeenkomst is een overeenkomst die rechtsgeldig tot stand komt ingevolge loutere wilsovereenstemming tussen de partijen.

De geldige totstandkoming van een plechtig contract veronderstelt, behalve die wilsovereenstemming, ook

de vervulling van een door de wet opgelegde vormvereiste.

Artikel 1583 BW bepaalt:

"Hij (bedoeld wordt: de verkoopovereenkomst) is tussen partijen voltrokken, en de koper verkrijgt van rechtswege de eigendom ten aanzien van de verkoper, zodra er overeenkomst is omtrent de zaak en de prijs, hoewel de zaak nog niet geleverd en de prijs nog niet betaald is".

Bij toepassing van deze wetsbepaling wordt algemeen aangenomen dat, in principe, de verkoopovereenkomst een consensuele overeenkomst is.

Dat principe geldt evenwel niet onverminderd (meer) voor alle verkoopovereenkomsten zonder onderscheid. Voor de geldige totstandkoming van verkoopovereenkomsten die in het bijzonder onroerende goederen tot voorwerp hebben, volstaat de loutere wilsovereenstemming tussen de partijen niet (meer) en gelden specifieke door de wet opgelegde vormvereisten.

In dat verband kan bijvoorbeeld verwezen worden naar artikel 101 van het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming en artikel 116 van ditzelfde decreet.

Gelet op de bepalingen van voormeld decreet is voor de rechtsgeldige totstandkoming van een verkoopovereenkomst betreffende onroerende goederen, de redactie van een onderhandse akte vereist waarin de inhoud van het bodemattest wordt opgenomen.

Vandaar dat de verkoopovereenkomst betreffende onroerende goederen veeleer een plechtig contract is.

4.2.3.2. De wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij.

4.2.3.2.1. De geïntimeerden werpen tegen dat deze wet hier niet toepasselijk is. De transactie geschiedde tussen twee natuurlijke personen.

Het hof oordeelt dat deze wet toepasselijk is op langs elektronische weg gesloten overeenkomsten, ook wanneer deze plaatsgrijpen tussen particulieren.

De wet is immers toepasselijk op de diensten van de informatiemaatschappij.

Het e-mailverkeer is een dienst van de informatiemaatschappij. Het is een dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van een dienst verricht wordt.

4.2.3.2.2. De appellanten halen aan dat voormelde wet het bewijs van een overeenkomst met de verkoop van een onroerend goed aan de hand van e-mailverkeer uitsluit.

Artikel XII.15 Wetboek Economisch Recht (artikel 16 Wet Elektronische Handel) bepaalt:

"§ 1. Aan elke wettelijke of reglementaire vormvereiste voor de totstandkoming van contracten langs elektronische weg is voldaan wanneer de functionele kwaliteiten van deze vereiste zijn gevrijwaard.

§ 2. Voor de toepassing van § 1, moet in overweging worden genomen dat:

- aan de vereiste van een geschrift is voldaan door een opeenvolging van verstaanbare tekens die toegankelijk zijn voor een latere raadpleging, welke ook de drager en de transmissiemodaliteiten ervan zijn;
- aan de uitdrukkelijke of stilzwijgende vereiste van een handtekening is voldaan wanneer deze laatste beantwoordt aan de voorwaarden van ofwel artikel 1322, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, ofwel van artikel 3.12. van Verordening 910/2014;
- aan de vereiste van een geschreven vermelding van diegene die zich verbindt, kan worden voldaan door om het even welk procédé dat waarborgt dat de vermelding effectief uitgaat van deze laatste".

Artikel XII.16 Wetboek Economisch Recht (artikel 17 Wet Elektronische Handel) bepaalt:

"Artikel XII. 15 is niet van toepassing op de contracten die tot één van de volgende categorieën behoren:

1° Contracten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken, met uitzondering van huurrechten;

(...)"

Het staat vast dat de totstandkoming van een overeenkomst via uitwisseling van e-mails te aanzien is als de totstandkoming van een contract langs elektronische weg.

JURISPRUDENCE

Uit de wettelijke bepalingen van de Wet Elektronische Handel volgt dat een koop-verkoop- overeenkomst met betrekking tot een onroerend goed, zoals in dit geval, niet tot stand kan komen via elektronische weg (lees: via e-mail).

De wet spreekt over “tot stand komen”.

De geïntimeerden kunnen zich niet baseren op het e-mailverkeer om het bewijs te leveren van het bestaan van de overeenkomst.

Rijst de vraag of deze mails dan kunnen gelden als een begin van bewijs.

Ook hier moet negatief worden op geantwoord gelet op de artikelen XII.15, § 2, derde lid en XII.16 Wetboek Economisch Recht.

4.2.3.2.4. Buitengerechtelijke bekentenis?

Verder werpen de geïntimeerden op dat er sprake is van een buitengerechtelijke bekentenis.

Een buitengerechtelijke bekentenis is een verklaring waarmee een partij het bestaan van een rechtshandeling of de juistheid van het feit, door een andere partij tegen haar aangevoerd, erkent en die wordt afgelegd buiten een geding dat betrekking heeft op het feit in kwestie.

De buitengerechtelijke bekentenis kan uitgaan van de partij of haar gevolmachtigde.

De buitengerechtelijke bekentenis is echter niet toegelaten bij plechtige contracten omdat de vormvoorwaarden daar gelden als vereiste voor de geldigheid van het contract. Bij gebreke van die vormvoorwaarde, is de overeenkomst niet geldig tot stand gekomen en kan zij ook niet worden bewezen door een bekentenis.

Ten overvloede:

De e-mailberichten waarnaar de geïntimeerden verwijzen (stukken 7 en 8) zijn niet opgesteld nadat de beweerdde rechtshandeling is tot stand gekomen en met als doel het bestaan ervan te bevestigen, zodat van een buitengerechtelijke bekentenis geen sprake kan zijn.

Hoe dan ook is niet alleen het bewijs maar ook en zelfs de totstandkoming van contracten houdende de overdracht van onroerende goederen langs elektronische weg uitgesloten.

Uit de inhoud van de mails kan enkel afgeleid worden dat partijen in onderhandeling waren. Een definitief akkoord was nog niet bereikt.

Uit de inhoud van de mail van de eerste appellant in naam van beiden van 31 januari 2013 kan geenszins een bevestiging van het bestaan van een afgesloten overeenkomst met de geïntimeerden worden afgeleid.

Kortom: de geïntimeerden bewijzen niet dat een koop-verkoopovereenkomst tot stand is gekomen.

De oorspronkelijke vordering van de geïntimeerden is dan ook ontvankelijk doch ongegrond.

De overige uitvoerige argumentatie van partijen – zoals onder meer deze in verband met de aard van de makelaarsovereenkomst / schijnmandaat, de totstandkoming van een overeenkomst bij publieke tekoopstelling, aanbod en aanvaarding, de essentiële bestanddelen van de overeenkomst en in ondergeschikte orde de mogelijkheid tot herleiding van de gevorderde schadevergoeding en de geoorloofdheid van een schadebeding – doet dan ook niet langer ter zake en doet alleszins geen afbreuk aan voorgaand oordeel.

5. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof:

- verworpt alle andersluidende en meeromvattende conclusies als ongegrond, niet ter zake dienstig en/of overbodig;
- verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond;
- hervormt het bestreden vonnis als volgt:
- verklaart de oorspronkelijke vordering van de geïntimeerden ontvankelijk doch ongegrond;
- veroordeelt de geïntimeerden tot de kosten van beide aanleggen en vereffent deze aan de zijde van de appellanten vastgestelde kosten als volgt:
 - rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 2.750 EUR
 - rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 2.750 EUR

Note d'observations¹

Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique

I. FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE ET DÉCISION DE LA COUR D'APPEL

1. Des courriels pour prouver le contrat de vente? Le litige soumis à la cour d'appel d'Anvers oppose les parties à un contrat de vente d'immeuble: les vendeurs contestent l'existence dudit contrat, estimant qu'il n'a jamais été conclu et que les parties sont restées au stade des négociations. Les acheteurs ne sont pas de cet avis et considèrent au contraire que le contrat a bel et bien été conclu. Pour le prouver, ils produisent les échanges de courriels qui sont intervenus entre eux.

À la lumière de ceux-ci, le tribunal de première instance de Turnhout leur a donné raison. Il a en effet jugé, le 4 mars 2014, que les parties étaient parvenues à un accord quant aux principaux éléments du contrat. Aussi décide-t-il que les négociations précontractuelles ont pris fin et que le 18 janvier 2013, un contrat de vente valable (ou, à tout le moins un compromis de vente) a été conclu entre les parties. Les vendeurs sont par conséquent condamnés au paiement d'un montant de 46.800 EUR, à augmenter des intérêts.

Ils interjettent appel de ce jugement.

Par arrêt du 19 décembre 2016², la cour d'appel d'Anvers réforme la décision *a quo* et déclare

la demande originaire des acheteurs (parties intimées devant la cour) recevable mais non fondée.

2. Raisonement de la cour d'appel d'Anvers. La cour note d'abord que le contrat de vente, tel que régi notamment par l'article 1583 du Code civil, est un contrat consensuel. Elle nuance cependant, eu égard à certaines dispositions légales particulières, telles que l'article 101 du décret de la Communauté flamande du 27 octobre 2006 relatif à l'assainissement du sol et à la protection du sol³, qui établit, en son § 2, que «l'acte sous seing privé relatif à la cession des terrains, reprend le contenu de l'attestation du sol». Aussi juge-t-elle que lorsqu'elle porte sur des biens immeubles, la vente est plutôt un contrat solennel. Exception faite de l'argument relatif à l'aveu extrajudiciaire, elle ne semble toutefois pas en tirer de conclusion quant à l'issue du litige puisque, par la suite, elle se demande uniquement si la preuve du contrat est valablement apportée par les acheteurs, pour conclure que tel n'est pas le cas.

C'est dans ce contexte que la cour se penche ensuite sur l'application de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁴, dont les dispositions ont été intégrées, à droit constant, dans le titre 1^{er} du livre XII du Code de droit

¹ Hervé Jacquemin. Chargé de cours à l'Université de Namur (CRIDS). Avocat au barreau de Bruxelles.

² Pour d'autres commentaires de cet arrêt, voy. J. CALLEBAUT, «Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016», *NjW*, 2017, pp. 210 et s.; E. TERRY, «Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te

verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen», note sous Anvers, 19 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017/115, pp. 83 et s.

³ *M.B.*, 22 janvier 2007.

⁴ *M.B.*, 17 mars 2003.

économique⁵. Après avoir jugé que ces dispositions sont applicables, de manière générale, au cas d'espèce, elle examine plus précisément les articles XII.15 et XII.16 du Code de droit économique. Elle juge que «la conclusion d'un contrat par échange d'emails doit être considérée comme la conclusion d'un contrat par voie électronique»⁶. Or, selon elle, «il ressort des dispositions de la loi sur le commerce électronique que le contrat de vente portant sur un bien immobilier, comme en l'espèce, ne peut pas être conclu par voie électronique (lire: via email)»⁷. En conclusion, les acheteurs, intimés devant la cour, «ne peuvent pas se fonder sur un échange d'emails pour apporter la preuve de l'existence du contrat»⁸. La cour écarte ensuite les arguments fondés sur le commencement de preuve par écrit et sur l'aveu extrajudiciaire, ce qui l'amène logiquement à donner raison aux vendeurs (appelants).

3. Plan du commentaire. Après avoir rappelé la nature des formalités entourant la conclusion du contrat de vente d'un immeuble, et le cadre normatif mis en place pour lever les obstacles formels à la conclusion d'un contrat

en ligne (II), nous examinons les articles XII.15 et XII.16 du Code de droit économique (III), ainsi que les autres arguments auxquels la cour répond dans son arrêt du 19 décembre 2016 – commencement de preuve par écrit et aveu extrajudiciaire (IV).

II. FORMALITÉS PRESCRITES EN MATIÈRE DE VENTE D'IMMEUBLE ET CADRE NORMATIF PERMETTANT DE LEVER LES OBSTACLES FORMELS

4. Contrat consensuel ou solennel? Le contrat de vente, tel que régi par les articles 1582 et suivants du Code civil, constitue en principe un contrat consensuel: l'accord de volontés portant au moins sur la chose et sur le prix suffit pour former valablement le contrat et aucune exigence de forme, requise *ad validitatem*, ne doit être accomplie⁹. La cour d'appel d'Anvers veille d'ailleurs à le rappeler dans l'arrêt commenté.

Le principe du consensualisme applicable à la vente est assorti de plusieurs exceptions, spécialement en matière immobilière¹⁰. La vali-

⁵ Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII, «Droit de l'économie électronique» dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 14 janvier 2014. Elle est entrée en vigueur le 31 mai 2014 (cfr A.R. 4 avril 2014 relatif à l'entrée en vigueur de certains livres du Code de droit économique, *M.B.*, 29 avril 2014).

⁶ Traduction libre de «*het staat vast dat de totstandkoming van een overeenkomst via uitwisseling van e-mails te aanzien is als de totstandkoming van een contract langs elektronische weg*».

⁷ Traduction libre de «*uit de wettelijke bepalingen van de Wet Elektronische Handel volgt date en koop-verkoop-overeenkomst met de betrekking tot een onroerend goed, zoals in dit geval, niet to stand kan komen via elektronische weg (lees: via email)*».

⁸ Traduction libre de: «*de geïntimeerden kunnen zich niet baseren op het e-mailverkeer om het bewijs te leveren van het bestaan van de overeenkomst*».

⁹ Voy. en particulier l'article 1583 du Code civil: la vente «est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé».

¹⁰ Sur le principe de la vente consensuelle et, le cas échéant, les exceptions, voy. E. TERRY, «Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen», note sous Anvers, 19 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017/115, pp. 84 et s.; J. CALLEBAUT, «Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016», *NjW*, 2017, pp. 210-211; C. DELFORGE, «La vente – Le régime général de la vente selon le Code civil», vol. 1, *GwJE*, livre 32.2., f.m., 2015, p. 18; I. SAMOY et A. HOUTMEYERS, «Over de verkoop van onroerend goed via e-mail of SMS: bewijs en precontractuele aansprakelijkheid», *T. not.*, 2014, p. 330; J. FONTEYN, «Questions particulières relatives à la formation du contrat de vente», *La vente immobilière – Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 7-8; B. KOHL (avec la coll. de M. VANWICK-ALEXANDRE), *La vente immobilière – Chronique de jurisprudence 1990-2010*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 67 et s.;

dité du contrat peut en effet être subordonnée à l'accomplissement de diverses formalités, dont la finalité est généralement de protéger l'une des parties au contrat, supposée en position de faiblesse (l'acheteur-consommateur). On parle alors de formalisme solennel ou, eu égard aux formalités prescrites dans des législations plus récentes, de formalisme de protection de la partie faible¹¹.

On peut par exemple citer la loi Breyné¹², qui sanctionne de nullité le non-respect des formalités prescrites par l'article 7, consistant en des mentions informatives¹³. De même, lorsque le contrat est conclu entre une entreprise et un consommateur, hors établissement, le non-respect de certaines obligations d'information fait l'objet de sanctions ponctuelles¹⁴. On peut également reprendre l'exemple cité par la cour d'appel d'Anvers dans l'arrêt annoté : l'article 101 du décret du Conseil flamand du

27 octobre 2016 relatif à l'assainissement du sol et à la protection du sol (*Bodemsaneringsdecreet*) exige en effet, en son paragraphe 2, que « l'acte sous seing privé relatif à la cession des terrains, repren[ne] le contenu de l'attestation du sol »¹⁵. Le non-respect de cette exigence permet à l'acquéreur de demander la nullité de la cession, dans le respect de diverses conditions établies à l'article 116 du décret¹⁶.

5. Formalisme probatoire et de publicité en matière de vente. Le formalisme solennel, qui déroge au principe du consensualisme, ne doit pas être confondu avec le formalisme probatoire ou le formalisme de publicité, auxquels le contrat de vente d'immeuble est également soumis.

En cas de contestation, il peut en effet incomber à la partie sur laquelle repose la charge de la preuve¹⁷ de démontrer l'existence et, le cas échéant, le contenu du contrat. Pour ce faire, en matière civile, l'article 1341 du Code civil impose normalement l'établissement d'un écrit signé. S'il s'agit d'un acte sous seing privé, il est en outre soumis à la formalité du double

B. TILLEMANS, *Bijzondere overeenkomsten. A. Verkoop*, in *Beginnelen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Overeenkomsten*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 2001, pp. 6 et s., n° 12 et s.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 4^e éd. par A. MEINERTZSHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 164, n° 99; P. HARMEL, « Théorie générale de la vente », *Rép. not.*, t. VII, Livre I, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 320, n° 466; J. LIMPENS, *La vente*, Bruxelles, Bruylant, 1960, p. 40, n° 25.

¹¹ Sur les différentes typologies permettant de catégoriser le formalisme contractuel et, en particulier, de classer des exigences dans le formalisme solennel ou probatoire, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 207 et s., spéc. pp. 251 et s.

¹² Loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitations à construire ou en voie de construction, *M.B.*, 11 septembre 1971.

¹³ Art. 13, al. 2, de la loi Breyné.

¹⁴ Voy. par ex. l'art. VI.64, § 5, du C.D.E. On note que la sanction était nettement plus sévère avant la transposition de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs et l'intégration des dispositions sur le contrat hors établissement dans le Code de droit économique. La nullité du contrat pouvait en effet sanctionner l'absence d'écrit, établi en autant d'exemplaires que de parties ayant un intérêt distinct (art. 60, al. 1^{er}, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur).

¹⁵ Sur les exigences applicables en droits wallon et bruxellois, voy. F. ONCLIN, *Les conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière – Étude comparée des droits wallon, flamand et bruxellois*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 76 et s. et pp. 210 et s.

¹⁶ Sur les exigences prévues par ce décret, voy. F. ONCLIN, *Les conséquences civiles des polices administratives sur la vente immobilière – Étude comparée des droits wallon, flamand et bruxellois*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 76 et s. et pp. 210 et s.; B. KOHL, D. GRISARD, F. ONCLIN, A. RIGOLET, et R. SALZBURGER, « Le contrat de vente immobilière. Développements récents », *La vente immobilière*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 120 et s.; A. MAHIEU et O. BONNENFANT, *La vente immobilière en Région flamande*, Dossier du J.T. n° 50, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 47 et s. Quant à leur qualification en formalisme probatoire ou suivant des catégories plus récentes, voy. J. CALLEBAUT, « Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016 », *NjW*, 2017, p. 212.

¹⁷ Art. 1315 C. civ. et 870 C. jud.

(ou des originaux multiples)¹⁸. Ces exigences ressortissent au formalisme probatoire. S'agissant de la transmission de droits réels, il échet de respecter des formes de publicité, prévues par l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (transcription de l'acte translatif de droits réels immobiliers, ce qui exige son établissement par acte authentique).

Les sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de non-respect des exigences de forme nous permettent de distinguer les formalismes solennels (nullité du *negotium* ou toute autre mesure affectant la validité de l'acte juridique), probatoires (difficulté de prouver, à la suite d'une annulation de l'*instrumentum*, ou de la conversion de l'écrit signé en présomption) ou de publicité (inopposabilité de l'acte aux tiers). Plus précisément, les formes requises – et les sanctions corrélatives – traduisent la volonté du législateur d'atteindre des fonctions et des finalités distinctes : protéger une partie en position de faiblesse ou l'intérêt général (formalisme solennel), offrir aux parties un moyen de preuve efficace, de manière à garantir la sécurité des relations contractuelles (formalisme probatoire) ou protéger les tiers (formalisme de publicité).

6. Incidence de la typologie des formes sur leur accomplissement dans l'environ-

nement numérique. Tenant compte du cas d'espèce qui nous occupe, la question se pose de savoir si cette typologie du formalisme – et la classification d'une formalité dans l'une ou l'autre catégorie – a une incidence quand le contrat est conclu par voie électronique (au moyen d'échanges de courriels, par exemple).

Une réponse nuancée s'impose.

Pour l'illustrer, on peut se référer aux formalités respectivement prescrites par l'article 1341 du Code civil (formalisme probatoire) et par l'article 101 du décret relatif au sol du 27 octobre 2006 (formalisme solennel) : ces dispositions imposent à tout le moins¹⁹ l'établissement d'un acte sous seing privé. En pratique, il faut donc identifier les procédés électroniques à mettre en œuvre, pour s'assurer que la double formalité de l'écrit et de la signature a été valablement accomplie dans un environnement dématérialisé.

Pour ce faire, plusieurs textes légaux doivent être mobilisés.

De manière générale (c'est d'ailleurs la démarche suivie par la cour d'appel d'Anvers dans l'arrêt annoté), on doit d'abord avoir égard aux articles XII.15 et XII.16 du Code de droit économique²⁰, qui consacrent le principe des équivalents fonctionnels²¹ et l'appliquent

¹⁸ Art. 1325 C. civ. Nous n'examinons pas la manière dont cette formalité peut être valablement accomplie dans l'environnement numérique. S'agissant en l'occurrence d'un échange de courriels, on peut normalement les assimiler à des lettres missives (M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 173-174), pour lesquelles on estime généralement que l'article 1325 du Code civil n'est pas applicable (J. FALLY, « Rôle des lettres missives comme instruments de preuve », note sous Liège, 28 octobre 1946, *R.C.J.B.*, 1948, p. 76; N. VERHEYDEN-JEANMART, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 295, n° 629; J. SACE, obs. sous Mons, 19 mars 1980, *Rev. not. b.*, 1980, p. 266).

¹⁹ Les parties pourraient également recourir à l'acte authentique (un acte notarié, par exemple).

²⁰ Auparavant, articles 16 et 17 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

²¹ Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit apposé directement sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information, pour l'écrit, par exemple). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel (le support papier pour l'écrit, par exemple) et dans l'environnement numérique (un document au format pdf enregistré sur un CD-ROM

aux formalités de l'écrit, de la signature et de la mention manuscrite dans le processus contractuel.

Concernant l'écrit, depuis le 1^{er} juillet 2016, l'article 46 du règlement eIDAS²² doit aussi être pris en compte : il applique en effet le principe de non-discrimination au document électronique²³ (dont l'écrit est une variété).

Pour ce qui est de la signature, il faut se référer à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil et aux dispositions du règlement eIDAS, qui distinguent la signature électronique (simple), la signature électronique avancée et la signature électronique qualifiée, et déterminent certains de leurs effets.

Sous réserve de l'exclusion prévue à l'article XII.16, l'application des principes énoncés à l'article XII.15 du Code de droit économique

ne se limite pas aux formes probatoires : les formalités requises *ad validitatem* ou pour d'autres finalités sont également visées²⁴.

Il en va de même des dispositions du règlement eIDAS²⁵.

Par contre, la prudence recommande de limiter l'application de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, qui traite de la signature électronique, au droit de la preuve²⁶, plus précisément à la signature des actes sous seing privé, requise conformément à l'article 1341 du même Code.

En définitive, lorsqu'il ne s'agit pas d'une signature électronique requise à titre probatoire (et que l'on ne peut donc pas se fonder sur l'article 1322, alinéa 2, du Code civil), d'une part, que l'article XII.15 du C.D.E. n'est pas applicable (conformément à l'article XII.16 du C.D.E.), d'autre part, distinguer les formes solennelles des formes probatoires prend tout son intérêt

pour l'écrit, par exemple) sont alors jugés équivalents s'ils permettent de remplir les fonctions minimales reconnues à la formalité (l'écrit, en l'occurrence). Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence. En droit belge, ce principe est consacré à l'article XII.15, § 1^{er}, du Code de droit économique, aux termes duquel « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». À propos de ce principe, voy. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, p. 382 ; M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels – Théorie critique*, Coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014.

²² Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *J.O.*, L 257 du 28 août 2014.

²³ Le document électronique est défini à l'article 3, 35°, du règlement eIDAS comme « tout contenu conservé sous forme électronique, notamment un texte ou un enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel ».

²⁴ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 154.

²⁵ H. JACQUEMIN, « Principes applicables à tous les services de confiance », *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 109-110.

²⁶ On peut se fonder sur la place qu'il occupe dans le Code civil (l'art. 1322 est en effet inséré dans le livre III, titre III, chapitre VI, intitulé « De la preuve des obligations et de celle du paiement ») et sur le contexte d'adoption de la loi (voy. spéc. l'avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999 (lég. 49), n° 2141/001, p. 27, et l'introduction de l'expression « pour l'application du présent article »). En ce sens, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 184 (la « réforme n'affecte pas, en principe, les situations où une signature manuscrite est requise pour la validité d'un acte juridique ou son opposabilité aux tiers ») ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2001, p. 127, n° 116 ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 558.

mais aussi, et surtout, l'insécurité juridique est grande (comme l'illustre l'arrêt commenté de la cour d'appel de Bruxelles).

Dans son arrêt, la cour d'appel n'examine ni le règlement eIDAS (ce qui est logique puisqu'il n'est applicable que depuis le 1^{er} juillet 2016), ni l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, puisqu'elle décide, mais à tort selon nous, que les articles XII.15 et XII.16 interdisent la conclusion du contrat de vente d'immeuble par voie électronique (*cf. infra*, point III). Elle aurait normalement dû passer cet écueil, et apprécier si les courriels pouvaient être considérés comme des écrits signés (en se basant sur la définition doctrinale de l'écrit et sur l'article 1322, alinéa 2, en ce qui concerne la signature requise à des fins de preuve).

III. LES ARTICLES XII.15 ET XII.16 DU C.D.E. EMPÊCHENT-ILS DE PROUVER L'EXISTENCE DU CONTRAT DE VENTE D'IMMEUBLE PAR COURRIER ÉLECTRONIQUE ?

7. Plan des développements. La cour d'appel d'Anvers répond à cette question par l'affirmative ce qui, d'après nous, est fortement contestable. Pour le comprendre, il faut d'abord vérifier si les dispositions du titre 1^{er} du livre XII du C.D.E. (titre dans lequel figurent les articles XII.15 et XII.16 du C.D.E.) s'appliquent lorsque les parties au processus contractuel sont des particuliers (A), avant d'analyser plus précisément le régime de l'article XII.15 et l'exclusion de l'article XII.16 du C.D.E. (B).

A. Les dispositions du titre 1^{er} du livre XII du Code de droit économique s'appliquent-elles à un processus contractuel noué entre deux particuliers ?

8. Décision de la cour. En l'espèce, les intimés s'opposaient à l'application de la loi du 11 mars 2003 (actuellement, titre 1^{er} du livre XII du Code de droit économique), s'agissant d'un

acte conclu entre deux personnes physiques. La Cour juge cependant que la loi s'applique également aux relations entre deux particuliers, et que l'échange de courriels constitue un service de la société de l'information, au sens de ce texte.

Nous sommes d'avis que ce n'est pas un service de la société de l'information. L'impact de cette circonstance sur l'application de l'article XII.15 du C.D.E. est par contre plus discutable.

9. Un échange de courriels entre particuliers constitue-t-il un service de la société de l'information ? Aux termes de l'article XII.1, § 2, du C.D.E., « le présent titre règle certains aspects juridiques des services de la société de l'information » (les articles XII.15 et XII.16 figurent dans ce titre 1^{er}, intitulé « certains aspects juridiques de la société de l'information »).

Le service de la société de l'information est « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service »²⁷. *Ratione personae*, les notions de « prestataire » et de « destinataire du service » sont également définies²⁸. Les dispositions du titre 1^{er} s'appliquent aux relations entre entreprises (B2B) et aux relations entre entreprises et consommateurs (B2C). Par contre, il est plus contestable d'exiger leur respect aux rapports entre deux consommateurs. Autrement dit, un consommateur peut difficilement être considéré comme un « prestataire » au sens de la définition²⁹.

²⁷ Art. I.18, 1°, C.D.E.

²⁸ Art. I.18, 3° et 4°, C.D.E.

²⁹ Sauf exception, ni les travaux préparatoires de la loi, ni les commentaires doctrinaux ne tranchent de manière catégorique cette question, dans un sens ou dans l'autre, même s'il faut reconnaître que les exemples donnés ne concernent que l'hypothèse d'un prestataire agissant à des fins professionnelles. Les travaux préparatoires citent ainsi l'exemple d'un libraire ou d'une agence de voyage (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord.

L'existence d'un «service presté normalement contre rémunération», qui doit caractériser le service de la société de l'information, renvoie à l'exigence d'un «service», tel que défini aux articles 56 et 57 du TFUE³⁰. Or, lorsqu'un consommateur vend un bien à un autre consommateur, il ne s'agit pas d'une activité économique au sens du Traité. Raisonner autrement aurait d'ailleurs pour effet d'imposer aux consommateurs le respect d'un cadre normatif très strict lorsqu'ils s'engagent avec d'autres consommateurs (*cfr* les obligations d'information prévues aux articles XII.6 et s. du C.D.E.), ce qui serait manifestement disproportionné.

10. L'existence d'un service de la société de l'information conditionne-t-elle l'application de l'article XII.15 du C.D.E.? On pourrait toutefois arguer que l'application des articles XII.15 et XII.16 du C.D.E. n'est pas subordonnée à l'exigence d'un «service de la société de l'information». On constate en effet que ni

cette notion, ni celle de «prestataire» ou de «destinataire du service» n'est utilisée dans ces dispositions (alors qu'elles le sont dans les autres dispositions du titre 1^{er}, spécialement les articles XII.6 et s.). On pourrait aussi considérer que l'article XII.1, § 2, alinéa 1^{er}, du C.D.E. n'a pas pour objet de circonscrire le champ d'application du titre 1^{er}. Le législateur utilise les mots «le présent titre régle...» (et pas le présent titre s'applique...). Des discussions sont ainsi permises au moment de décider si l'application de l'article XII.15 est subordonnée à l'existence d'un service de la société de l'information.

Suivant cette interprétation, le champ d'application de l'article XII.15 serait différent, à la fois plus restreint et plus large que celui des autres dispositions du titre 1^{er} du livre XII. Il serait plus large dès lors qu'il exigerait juste que le contrat soit conclu *par voie électronique*. Les deux autres critères auxquels l'article I.18, 1^o, du C.D.E. fait référence pour définir le service de la société de l'information – service «presté normalement contre rémunération» et «à la demande individuelle d'un destinataire de service» – ne seraient pas requis. Mais le champ d'application de l'article XII.15 serait également plus étroit puisque, comme on l'a vu, il ne concernerait que les exigences de forme relatives au processus contractuel. Une telle interprétation est défendable. Les termes utilisés à l'article XI.15 laissent en effet penser que, sous réserve des exceptions prévues à l'article XII.16, toutes les exigences de forme susceptibles d'être requises au cours du processus contractuel, et qui posent problème au moment d'être accomplies par voie électronique, sont visées. La lettre et l'esprit de l'article 9 de la directive sur le commerce électronique autorisent également, selon nous, une telle interprétation³¹.

2002-2003 (lég. 50), n° 2100/001, pp. 17-18). En doctrine, on peut lire que «la nouvelle loi vise tant le commerce B2C que B2B, mais également les titulaires de professions libérales dans la mesure où ils proposent ou utilisent des S.S.I.» (E. MONTERO, M. DEMOULIN et Ch. LAZARO, «La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information», *J.T.*, 2004, p. 82), que «la loi ne vise pas uniquement le "vendeur" de produits ou de services en ligne mais concerne, plus largement, toute personne exerçant une activité économique en ligne, à titre principal ou accessoire, qu'elle soit commerçant, titulaire de profession libérale, hébergeur de site, fournisseur d'accès, prestataire de services de certification, etc.» (*Ibid.*). De même, un auteur estime que «sont des prestataires, au sens de la directive sur le commerce électronique, le médecin pratiquant la télémedecine, tout comme le fleuriste proposant des bouquets en ligne ou le peintre vendant ses œuvres sur l'internet» (M. ANTOINE, «L'objet et le domaine de la directive sur le commerce électronique», E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahier du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 12, n° 23).

³⁰ Voy. les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 2003, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 13.

³¹ Sous réserve des hypothèses visées aux § 2, l'article 9, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique impose aux États membres de rendre possible la

De lege ferenda, il faut toutefois espérer que le législateur se saisisse de la question pour confirmer clairement l'application de l'article XII.15 du C.D.E. aux relations entre particuliers (par exemple en introduisant une clause similaire dans le Code civil).

B. Régime des articles XII.15 et XII.16 du Code de droit économique

11. Analyse en deux étapes pour lever les obstacles formels. Conformément à l'article 9, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique³², «les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique».

Lorsqu'il intervient pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique, le législateur s'appuie sur plusieurs principes directeurs, qu'il s'attache parfois à consacrer expressément dans certaines dispositions normatives. Il s'agit des principes de non-discrimination, d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique.

Seuls les deux premiers retiennent notre attention dans la présente note³³.

12. Principe de non-discrimination. Le principe de non-discrimination est généralement présenté sous une double déclinaison, qui interdit que l'effet juridique et la recevabilité comme preuve en justice d'un procédé électronique lui soient refusés au seul motif (1) qu'il se présente sous forme électronique ou (2) que le service n'est pas qualifié.

Pour la signature électronique uniquement, le principe était déjà consacré à l'article 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001³⁴, applicable à l'époque des faits mais désormais abrogée. Il n'y avait par contre pas de disposition consacrant, de manière générale, en droit belge, le principe à d'autres formalités.

Depuis le 1^{er} juillet 2016, ce principe est applicable aux services de confiance visés par le règlement eIDAS: la signature électronique³⁵, le cachet électronique³⁶, l'horodatage électronique³⁷ et le service d'envoi recommandé électronique³⁸. Le document électronique bénéficie également de ce principe, conformément à l'article 46 du règlement eIDAS.

En l'occurrence, seule la possible discrimination entre l'électronique et le non-électronique retient notre attention. Avec ce principe, c'est la dématérialisation des échanges et le recours aux technologies de l'information et de la communication dans les transactions électroniques que le législateur entend défendre. Ses interventions – notamment en matière de services de confiance – perdraient tout

conclusion des contrats par voie électronique, sans limiter l'application de cette exigence à l'existence d'un service de la société de l'information. Les considérants relatifs à cette disposition confirment qu'elle s'applique aux «contrats par voie électronique», sans qu'il soit fait référence au service de la société de l'information (voy. les considérants n°s 34, 36, 37 et 38).

³² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *J.O.*, L 178 du 17 juillet 2000.

³³ À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, «Principes applicables à tous les services de confiance», *op. cit.*, pp. 110 et s.

³⁴ Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 septembre 2001.

³⁵ Art. 25, § 1^{er}, du règlement.

³⁶ Art. 35, § 1^{er}, du règlement.

³⁷ Art. 41, § 1^{er}, du règlement.

³⁸ Art. 43, § 1^{er}, du règlement.

effet utile si, en cas de litige, la juridiction pouvait tout simplement refuser d'examiner le procédé (un procédé de signature électronique appliqué à un courriel, par exemple) au seul motif qu'il est électronique.

13. Possible équivalence fonctionnelle entre le procédé électronique et le procédé « papier » correspondant. L'interdiction de priver d'effet juridique un service de confiance au seul motif qu'il est accompli par voie électronique ne signifie pas que ce service est, *ipso facto*, jugé équivalent au procédé correspondant dans l'environnement papier (avec les mêmes effets juridiques). Pour tirer cette conclusion, il faut poursuivre l'analyse et démontrer que les fonctions de la formalité, telles qu'énoncées par le législateur, ou identifiées par l'interprète, ont été atteintes (le cas échéant, en se basant sur une clause d'assimilation ou une présomption établie légalement, comme le fait le règlement eIDAS avec les services de confiance qualifiés).

Un raisonnement en deux temps doit ainsi être accompli : non-discrimination *certaine* dans un premier temps avec, dans un second temps, la *possible* reconnaissance d'une équivalence avec le procédé traditionnel ou du respect des fonctions attendues du procédé.

Les articles XII.15 et XII.16 doivent uniquement être mobilisés dans cette seconde phase de l'analyse, au moment d'établir à quelles conditions le procédé électronique peut, le cas échéant, être jugé équivalent à un procédé papier et avoir les mêmes effets juridiques.

Plus précisément, l'article XII.15 consacre, en son paragraphe 1^{er}, le principe d'équivalence fonctionnelle : aux termes de celui-ci, « tout exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». Le paragraphe 2 de la disposition l'applique ensuite

aux formalités rencontrées le plus souvent en pratique : l'écrit, la signature et la mention manuscrite. L'objectif de cette disposition est par conséquent de renforcer la sécurité juridique au bénéfice des parties à un processus contractuel, en indiquant les critères à prendre en considération au moment de déterminer si un procédé utilisé dans l'environnement numérique peut être considéré comme un écrit, une signature ou toute autre formalité, et, ainsi, produire les mêmes effets juridiques. Autrement dit, l'article XII.15 définit les conditions à respecter pour assimiler un procédé électronique à une formalité correspondante, dans l'environnement « papier ».

14. Incidence de l'exclusion prévue à l'article XII.16 du C.D.E. Ce n'est malheureusement pas le raisonnement qui a guidé la cour d'appel d'Anvers dans l'arrêt annoté.

Celle-ci s'est attachée à l'article XII.16, qui liste quatre catégories de contrats pour lesquels l'article XII.15 n'est pas d'application. En l'occurrence, elle retient l'exclusion des « contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location » (1^{er}). Le contrat de vente d'immeuble est manifestement visé. Aussi la cour en déduit-elle qu'un contrat de vente d'immeuble ne peut pas être conclu par voie électronique (ici, par échange de courriels), ce qui empêche les intimés/acheteurs de se fonder sur un tel échange de courriels pour apporter la preuve de l'existence du contrat.

On observe que la différence de formulation entre la version néerlandaise et la version française de l'article XII.15 du C.D.E. a pu influencer la décision de la cour d'exclure l'application de la disposition en matière probatoire : l'expression exigence de forme « relative au processus contractuel » est en effet traduite par « *vormvereiste voor de totstandkoming van contracten* ». Il n'en demeure pas moins que la doctrine consi-

dère généralement que les formalités probatoires sont clairement visées³⁹.

Il n'est pas contestable que, conformément à l'article XII.16 du Code de droit économique, l'article XII.15 du même Code de droit économique n'est pas applicable en l'espèce (s'agissant du contrat de vente d'un immeuble). Par contre, la conséquence que la Cour d'appel d'Anvers en déduit quant à la possibilité de prouver le contrat au moyen de procédés dématérialisés (hors commencement de preuve par écrit) est, d'après nous, totalement erronée⁴⁰.

La non-application de l'article XII.15 signifie uniquement que les parties ne peuvent pas se fonder directement sur cette disposition pour démontrer que le procédé utilisé dans l'environnement électronique (l'échange de courriels), constitue un écrit signé au sens de l'article 1341 du Code civil. Mais cela ne constitue en aucun cas une interdiction de recourir à l'électronique pour conclure un

contrat de vente⁴¹. Tout au plus le niveau de sécurité juridique est-il réduit. Raisonner de la sorte donnerait d'ailleurs lieu à un effet pervers totalement paradoxal, puisqu'une disposition légale dont l'objectif est de lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique – l'article XII.15 du C.D.E. (certes combiné à l'article XII.16 du C.D.E.), qui transpose l'article 9 de la directive sur le commerce électronique – devrait être interprétée comme une interdiction – et donc, un obstacle – à la dématérialisation des échanges.

Cette analyse est d'autant plus contestable depuis que le règlement eIDAS est d'application: il consacre en effet le principe de non-discrimination au bénéfice de la signature électronique⁴² et du document électronique⁴³. Sur la base de ses dispositions, une juridiction ne peut donc pas refuser tout effet juridique au procédé utilisé pour conclure le contrat, sous prétexte qu'il est électronique. Or, c'est exactement ce que fait la cour d'appel d'Anvers.

Pour critiquable qu'il soit, cet arrêt de la cour d'appel d'Anvers n'est pas isolé⁴⁴.

15. Quel aurait dû être le raisonnement de la cour d'appel? Même en l'absence de clause de non-discrimination applicable au document électronique ou à l'écrit, comme à l'époque des faits, la cour d'appel d'Anvers ne pouvait pas écarter purement et simplement le procédé.

³⁹ E. TERRY, «Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen», note sous Anvers, 19 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017/115, p. 86; J. CALLEBAUT, «Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016», *NjW*, 2017, p. 214; I. SAMOY et A. HOUTMEYERS, «Over de verkoop van onroerend goed via e-mail of SMS: bewijs en precontractuele aansprakelijkheid», *T. not.*, 2014, p. 333; M. DEMOULIN et E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 154.

⁴⁰ Critiquant également l'arrêt de la cour d'appel sur ce point, voy. E. TERRY, «Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen», note sous Anvers, 19 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017/115, pp. 85 et s. Comp. J. CALLEBAUT, «Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016», *NjW*, 2017, p. 215.

⁴¹ En ce sens, voy. J. FONTEYN, «Questions particulières relatives à la formation du contrat de vente», *La vente immobilière – Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 32 et s.

⁴² Art. 25, § 1^{er}, du règlement eIDAS.

⁴³ Art. 46 du règlement eIDAS.

⁴⁴ En ce sens déjà, voy. Anvers, 24 juin 2013, *T. not.*, 2014, p. 345. Voy. aussi Gand, 26 septembre 2013, *R.W.*, 2014-15, p. 258, note S. MEYS, *R.G.D.C.*, 2014, p. 116, note J. CALLEBAUT, *T. not.*, 2014, note I. SAMOY et S. HOUTMEYERS (qui refuse de considérer qu'un SMS puisse constituer un écrit sur la base des art. 16 et 17 de la loi du 11 mars 2003).

En raisonnant uniquement sur le terrain de la preuve, la cour aurait dû s'assurer que le procédé pouvait être considéré comme un « écrit », revêtu de la « signature » de la partie contre laquelle la preuve doit être apportée⁴⁵.

Pour l'« écrit », la Cour pouvait se référer aux fonctions généralement reconnues à la formalité, à l'aune de la jurisprudence et de la doctrine : assurer la lisibilité, la pérennité et, même si cette fonction est plus discutée, l'intégrité de l'information⁴⁶.

Pour la signature, il n'était même pas nécessaire de se fonder sur la clause transversale particulière de l'article XII.15, puisqu'il s'agit d'une formalité probatoire. L'article 1322, alinéa 2, du Code civil aurait par conséquent pu être invoqué. Celui-ci permet au juge d'apprécier si les fonctions d'imputabilité et d'intégrité énoncées dans cette disposition sont préservées dans le cas d'espèce (cela aurait par exemple pu être le cas si les vendeurs ne contestaient pas être à l'origine des courriels et ne prétendaient pas que des modifications avaient été apportées à ceux-ci).

IV. AUTRES ARGUMENTS EXAMINÉS PAR LA COUR

16. Commencement de preuve par écrit. À défaut d'écrit valable au sens de l'article 1341 du Code civil, les courriels échangés auraient pu constituer un commencement de preuve par écrit, soumis aux conditions de l'ar-

ticle 1347 du Code civil⁴⁷. La jurisprudence l'a également admis pour les SMS⁴⁸.

Malheureusement, sur ce point également, la cour d'appel d'Anvers décide que ce n'est pas possible, sur la base de l'article XII.15, § 2, 3^e phrase et de l'article XII.16. On regrette cette position, d'autant que la cour ne motive pas davantage sa position.

Pour rappel, trois conditions sont posées par l'article 1347 du Code civil : un écrit, qui émane de celui à qui on l'oppose et qui rend vraisemblable les faits allégués.

Concernant la condition de l'écrit, on admet généralement que, contrairement au prescrit de l'article 1341 du Code civil, un écrit quelconque (brouillon, livres des commerçants, reçu, etc.) ou qui ne respecterait pas les règles de validité propres aux preuves littérales

⁴⁷ En faveur de l'application de l'art. 1347 du Code civil à la vente d'un immeuble (dont la preuve est apportée par échanges de courriels ou par SMS), voy. E. TERRYIN, « Wet elektronische handel zou geen argument mogen zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen », note sous Anvers, 19 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017/115, pp. 88 et s.; J.-B. HUBIN, « La preuve électronique : développements récents et perspectives futures », *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 106 et s.; I. SAMOY et A. HOUTMEYERS, « Over de verkoop van onroerend goed via e-mail of SMS: bewijs en precontractuele aansprakelijkheid », *T. not.*, 2014, p. 334; J. FONTEYN, « Questions particulières relatives à la formation du contrat de vente », *La vente immobilière – Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 35-36. En jurisprudence, voy. Gand, 1^{er} octobre 2015, *T. not.*, 2016, note W. HERMANS (la cour admet le recours au commencement de preuve par écrit mais juge qu'en l'espèce, des échanges de courriels entre les notaires ne respectent pas les conditions posées par l'article 1347 du Code civil, en particulier l'exigence de rendre vraisemblables les faits allégués).

⁴⁸ En matière de vente d'immeuble, voy. Civ. Gand, 10 avril 2012, *R.C.D.I.*, 2012/3, p. 27; Gand, 26 septembre 2013, *R.W.*, 2014-15, p. 258, note S. MEYS, *R.G.D.C.*, 2014, p. 116, note J. CALLEBAUT, *T. not.*, 2014, note I. SAMOY et S. HOUTMEYERS. Pour d'autres contrats, voy. Anvers, 29 avril 2013, *NjW*, 2014, p. 319, note C. LEBON; Liège, 21 mai et 5 juin 2015, *Entr. Dr.*, 2017, p. 106.

⁴⁵ Voy. J. FONTEYN, « Questions particulières relatives à la formation du contrat de vente », *La vente immobilière – Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 32 et s.

⁴⁶ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, op. cit., pp. 121 et s., et les réf. citées.

(signature, respect des articles 1325 et 1326 du Code civil) suffit⁴⁹. *A fortiori*, il est donc d'autant moins nécessaire de se fonder sur l'article XII.15 du Code civil pour décider si le procédé électronique peut constituer un « écrit » au sens de l'article 1347 du Code civil.

Cet écrit doit émaner de celui contre lequel la demande est formée ou de son représentant. Sur ce point, la cour semble vouloir se fonder sur le troisième tiret de l'article XII.15, § 2, du C.D.E., qui concerne la mention manuscrite. Or, d'autres moyens qu'une telle mention peuvent suffire pour démontrer que l'exigence est rencontrée. Il n'est pas requis, pour que la condition soit remplie, que l'écrit ait été rédigé par celui à qui on l'oppose, pour autant que celui-ci l'ait approuvé (en le signant, par exemple) ou se le soit approprié. Si l'origine des courriels n'est pas contestée, on voit mal sur quelle base la cour pourrait décider que la condition n'est pas remplie⁵⁰.

Il reste cependant la dernière exigence : *rendre vraisemblable les faits allégués*. Cette appréciation appartient à la juridiction saisie et il semble qu'ici, elle aurait dû en tout état de cause être négative. Dans son appréciation de l'existence d'un aveu extrajudiciaire tacite, elle juge en effet, sur la base du contenu des courriels, qu'aucun accord n'était encore intervenu entre les parties et que celles-ci étaient restées au stade des négociations.

17. Aveu extrajudiciaire. Les intimés se fondaient enfin sur l'existence d'un aveu extrajudiciaire – les échanges de courriels – pour prouver l'existence du contrat. En tant qu'acte juridique à part entière – et distinct donc de celui qu'il peut éventuellement prouver –, l'aveu doit être prouvé par celui qui s'en prévaut conformément aux règles du Code civil (art. 1341 C. civ., notamment)⁵¹. En d'autres termes, en cas de contestation, et pour autant que l'article 1341 soit d'application, la règle de la prééminence de l'écrit doit être respectée (pas de présomptions ou de témoignages)⁵². Si tel n'était pas le cas, la règle de l'article 1341 perdrait tout son sens dans la mesure où il serait possible de la contourner au moyen d'un aveu verbal. On revient donc au point de départ du raisonnement, avec l'exigence d'un écrit signé.

Ce n'est toutefois pas l'analyse suivie par la cour d'appel d'Anvers, qui rappelle que le contrat de vente d'immeuble constitue un contrat solennel et que l'aveu extrajudiciaire n'est pas admissible pour servir d'équipollent à une forme solennelle. Sans la formalité, le contrat n'a pas été conclu valablement. Une telle analyse ne nous paraît pas correcte. En l'espèce, les parties n'invoquent *a priori* pas la violation de dispositions qui imposeraient le respect de formes solennelles (telles que celles du *Bodemsaneringsdecreet*). On se situe

⁴⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 912 et s., n° 892; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, « Kroniek van het verbintenisrecht (1981-1984) », *R.W.*, 1985-1986, col. 175; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 167-169, n° 353-356; C. GOUX, « Observations sur le commencement de preuve par écrit », note sous Liège, 25 février 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 206.

⁵⁰ Comp. Anvers, 29 avril 2013, *NjW*, 2014, p. 319, note C. LEBON, à propos de la preuve d'un contrat de prêt par SMS, qui décide que celui-ci ne peut pas constituer un commencement de preuve par écrit en raison de l'incertitude quant au fait qu'il émane de l'autre partie.

⁵¹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 331 et s., n° 749 et s.; D. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 366 et s.

⁵² H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 1076-1077, n° 1012 et pp. 1088-1089, n° 1026; P. VAN OMMESSLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 16; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 333, n° 753; D. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 367, n° 285. Un commencement de preuve par écrit peut toutefois être invoqué pour autoriser la preuve d'un aveu tacite par présomptions (J.P. Jumet, 20 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1347 (somm.)).

uniquement dans un contexte de type probatoire. Aussi est-il un peu curieux qu'après avoir examiné plusieurs arguments dans lesquels seule la preuve était discutée, la cour invoque ce caractère solennel pour écarter le moyen des intimés.

V. CONCLUSION : DE LEGE FERENDA, UNE INTERVENTION DU LÉGISLATEUR EST SOUHAITABLE POUR LEVER LES OBSTACLES FORMELS

18. Arrêt critiquable sur le fond mais dont l'issue semblait inéluctable. Sur le fond, plusieurs critiques peuvent, d'après nous, être adressées à l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 19 décembre 2016. La principale concerne l'interdiction de principe de prouver un contrat de vente d'immeuble par échange de courriels, sous prétexte que l'article XII.16 du C.D.E. exclut l'application de l'article XII.15 du C.D.E. dans cette hypothèse. Selon la cour, cette interdiction s'étend à la preuve par acte sous seing privé (art. 1341 C. civ.) ou au moyen d'un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.).

Il n'en demeure pas moins qu'en fait, la Cour paraît considérer, de manière surabondante, que le contenu des courriels invoqués par les parties ne permet pas de prouver l'existence du contrat et indique, au contraire, que celles-ci sont restées au stade des négociations. En admettant même que les courriels soient considérés comme des actes sous seing privé ou comme un commencement de preuve par écrit, ils n'auraient de toute façon pas permis de convaincre le juge en l'espèce.

19. Intervention du législateur. Cet arrêt, comme d'autres décisions de jurisprudence rendues en matière de SMS, témoignent que le cadre normatif manque de clarté et n'est pas suffisamment adapté pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique.

Il faudrait d'abord clarifier le domaine d'application général des articles XII.15 et XII.16 du C.D.E., pour confirmer qu'ils s'appliquent également en l'absence de service de la société de l'information (et donc, entre consommateurs).

On peut aussi se demander si l'exclusion de l'article XII.16, probablement justifiée en 2000, lors de l'adoption de la directive sur le commerce électronique, reste encore pertinente en 2017. Nous ne le croyons pas.

Les hypothèses visées devraient être réduites, en se référant à certains types d'actes plutôt qu'à des catégories de contrat, de manière à ouvrir plus largement la dématérialisation dans le cadre du processus contractuel⁵³. Des appels en ce sens ont déjà été lancés, concernant notamment la dématérialisation de l'acte de cession de rémunération ou le cautionnement à titre gratuit (pour les sûretés). Pour les mêmes raisons, rien ne justifie que la vente d'immeuble ne puisse se conclure valablement et se prouver par courriels, voire par échange de SMS, si les fonctions de l'acte sous seing privé sont préservées par ces formalités.

Précisons d'ailleurs que cette ouverture ne signifiera pas nécessairement que tout procédé électronique sera automatiquement jugé équivalent à une formalité papier correspondante. Les fonctions minimales de celles-ci devront être préservées, ce qui permet d'assurer un niveau élevé de sécurité juridique.

Hervé JACQUEMIN

⁵³ Tout au plus pourrait-on limiter l'inapplicabilité de l'article 16 aux seuls contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique.